

Alfenus Varus iuris consultus

I.

1. Wir alle neigen dazu, im Licht des klassischen Rechts die Juristen des republikanischen Zeitalters, die mit ihrer Tätigkeit, ihren Schöpfungen die Grundlagen des sich entwickelnden Warenaustauschrechts niederlegten, die Entwicklung des Rechts für Jahrhunderte festzusetzen, zu vergessen. Ja sogar haben sie mit ihrer respondierenden Tätigkeit gegen Ende des republikanischen Zeitalters auch die Detailregeln in einem immer weiteren Kreis erzeugt.¹ Die Entwicklung des Privatrechts der Republik war in die Hände des Prätors niedergelegt. Mit Rücksicht aber darauf, daß die meisten Prätores nicht rechtskundige Politiker waren, waren sie notwendigerweise auf die Hilfe der Rechtsgelehrten des gegebenen Zeitalters angewiesen. Diese haben deshalb auf die Entwicklung des Rechtslebens unmittelbar oder mittelbar einen entscheidenden Einfluß ausgeübt. Anstatt der im Recht nicht bewanderten Prätores haben sie die durch den Prätor erlassenen Klageformeln, außergerichtliche Rechtshilfen gemacht, normierend damit die Ordnung der Befriedigung, Generallinie der privatrechtlichen Ansprüche (Pomp. D. 1.2.2.44), lenkend damit in vielen Fällen unmittelbar die Entwicklung des Rechtes. Die Wirkung war natürlich noch unmittelbarer, wenn ein Rechtsgelehrter das Amt eines Prätors oder Konsuls versah,² Dann sollte er selbst den eventuell skrupulösen, mit amtlicher Gewalt bekleideten laischen Beamten nicht hören. Die andere wichtige Tätigkeit der Rechtsgelehrten war, die sich an sie wendenden Parteien und eventuell den laischen Richter fachgemäß zu instruieren.³ In diesem Fall übte ihre Ansicht nur eine mittelbare Wirkung aus. Der Richter entweder akzeptierte diese oder nicht. Aber in den meisten Fällen hatte der des Rechtes nicht kundige Richter keine Wahl; aus Mangel des Rechtsregels konnte er sich nur auf die Ansicht der Rechtsgelehrten stützen.

¹ Pólay, E.: Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen. Acta Juridica et Politica Univ. Szeged. Tom. XXVI. Fasc. 6. 1979. — F. Schulz: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar, 1961, S. 55, 61, 71, 94.

² So z. B. der Prätor M. Junius Brutus (D. 1. 2. 2. 39 und das angeführte Werk des Schulz. S. 55), der consul P. M. Scaevola, in 133 v. u. Z. Q. M. Scaevola in 95 v. u. Z. (D. 1. 2. 2. 3), consul M. Manilius, in 149 v. u. Z. (D. 1. 2. 2. 39), consul P. Rutilius, in 105 v. u. Z. (D. 1. 2. 2. 40), Prätor C. Aquilius Gallus, in 66 v. u. Z., consul Servius, in 51 v. u. Z. Schulz: A. a. O., S. 56. Consul P. Alfenus Varus, in 39 v. u. Z. (D. 1. 2. 2. 44).

³ M. Kaser: Römische Rechtsgeschichte. Göttingen, 1967. 2. — S. 164. — F. Wieacker SZ 84/1967, S. 442. D. Nörr: Spruchregel und Generalisierung, SZ 89 (1972), S. 38ff. Pólay, E.: A. a. O. S. 53ff.

Unter dem Einfluß der den punischen und später den östlichen Kriegen folgenden Sklaven-Dömping ist im Wirtschaftsleben eine explosionsartige Änderung eingetreten. Die sich steigernde Produktion zur Markt zog hinter sich auch den Aufschwung des Handelslebens. Das Zwölftafelgesetz bzw. die sich davon derivierten Regeln könnten Ansprüche dieser gesellschaftlichen Ordnung nicht mehr befriedigen. Es blieben trotz der ediktalen Rechtsbildung des Prätors — eben infolge der schnellen gesellschaftlich-wirtschaftlichen Entwicklung — unregelte Gebiete im alltäglichen Rechtsleben. Es war die an der griechischen Philosophie geschulte Rechtswissenschaft die geeignetste, sogar vielleicht die allein geeignete, diese zu ersetzen.⁴ Die schnellste Phase der wirtschaftlich-gesellschaftlichen Entwicklung Roms war die Zeit von 120—130 Jahren, die von der Mitte des Jhs. II v.u.Z. bis zum letzten Drittel des Jhs. I v.u.Z. verging. Die augusteische Pax Romana zeigt schon gegen die Konservierung der ausgestalteten Ordnung.

2. Der am Ende dieses sich ändernden Zeitabschnittes war tätig Alfenus Varus,⁵ der ein aktiver Teilnehmer der sich unter den geänderten Umständen ausgestaltenden neuen Rechtsordnung gewesen sein soll. Die hintergelassenen Werke des Alfenus repräsentieren die vorklassische Rechtswissenschaft am besten. Es ist deshalb naheliegend, daß wir die Rechtsordnung des Endes der Republik durch ihn präsentieren. Es ist aber auch deshalb nicht interesselos, die Tätigkeit des Alfenus zu untersuchen, weil die moderne Romanistik ihn stiefmütterlich genug behandelte. Man sprach über ihn meistens als über den discipulus des Servius.⁶ In der Literatur ist im allgemeinen Servius für den Hervorragendsten der vorklassischen Rechtswissenschaft gehalten, während Alfenus nur als ein bedeutender discipulus erwähnt wird.⁷ Dieser Standpunkt kann auf zwei Umstände zurückgeführt werden. Teils auf die den Servius lobenden Äußerungen Ciceros und teils darauf, daß er für die Verstärkung der Stellungnahmen des Alfenus oft die Ansicht seines Lehrmeisters Servius anführt. Was die von Cicero gegebene Bewertung anbelangt (De leg. 2.47), dürfen wir nicht ungeachtet lassen, daß Cicero der beste Freund des Servius war. Sie waren in Rhodos, in der Rhetorenschule Mitschüler (Cic. Brut. 151) und der Rhetor Cicero und der Rechtsgelehrte Servius haben auch in Rom eine innige Freundschaft aufrechterhalten.⁸ Cicero hat Servius mit

⁴ Pólay, E.: S. 78—79 sagt demgegenüber wie folgt: Die Erscheinung der bonae fidei iudicia im Zivilrecht und die rechtliche Regelung des Güterausstausches mit den Fremden erschaffen die Notwendigkeit der Revolutionierung des Zivilrechts. Alle diese geschehen mit der Eindringung der dialektischen Methode in das Bewußtsein der Juristen und die dazu nötige Ideologie wird durch Kategorien der griechischen Philosophie in der letzten Periode der Republik geliefert. Vgl. noch Schulz: A. a. O., S. 73ff.

⁵ Er war consul in 39 v. u. Z. (Pomp. S. 1. 2. 2. 44).

⁶ Dessen Ursprung führt wahrscheinlich auf Gellius zurück (Noct. Att. 7. 5. 1). „Alfenum iure consultum Servii Sulpicii discipulum...“ Von diesem Gesichtspunkt aus soll auch nicht vernachlässigt werden, was Pomponius schreibt (D. 1. 2. 2. 43). Diesem gemäß wurden die zwei responsum-Sammlungen des Servius von seinen zwei Schülern, Aufidius Namusa und Alfenus veröffentlicht. Vgl.: Schulz: A. a. O. S. 108—9, ferner L. Wenger: Die Quellen des römischen Rechts. Wien, 1953, S. 484.

⁷ Vgl.: Schulz: A. a. O. S. 82 und 113. Von Servius spricht viel genug die Literatur. Von Alfenus schrieb dem Wesen nach nur De Sarlo eine Monographie.

⁸ Pólay, E.: (A. a. O., S. 69) erörtert, daß Cicero den Servius zum Vorbild, nahm, als er von den Rechtsgelehrten spricht. D. h.: Ein Rechtsgelehrter könne nur der sein, der die aristotelischen Denknormen, die dialektische Methode besitzt und diese anwendet. Schulz läßt nicht außer Betracht die Voreingenommenheit des Cicero (A. a. O., S. 113).

einem oratorischen Feuer den einzigen Artist der Jurisprudenz genannt (Brut. 152). Annehmlich war Ciceros Feststellung in seinem eigenen Zeitalter in der Tat wahr (Pomp. D. 1.2.2.43). Dem Alfenus, der jünger als Cicero und Servius war, soll wahrlich die Rolle des discipulus zugefallen sein. Seine Tätigkeit entfaltete sich erst später.

Wir finden bei Alfenus, im Laufe der Entscheidung eines Satzes, das Feuer des Servius. Dies ist nicht überraschend. Er war doch der discipulus des Servius. Er hat vermutlich in sehr vielen Fragen den Standpunkt seines Lehrmeisters übernommen. Und die Bezugnahme auf den gelehrten Meister verstärkte die Richtigkeit der gegebenen Meinung. Es folgt aber aus diesem nicht, daß Alfenus nur der Kopierer des Servius gewesen wäre. Es ist daraus vielmehr darauf zu schließen, daß er die Ansicht seines gelehrten Meisters in Ehren hielt, von Fall zu Fall sich auch auf diese berufend. Es war übrigens auch bei den Juristen des klassischen Zeitalters sehr häufig, daß sie sich auf einige große Vorgänger berufen haben. Besonders an Quellenstellen von Ulpian und Paulus (z.B. D. 19.2.15.2. — 39.3.24.4) zitiert Ulpian lieber Servius; in D. 39. 3.2.5, hingegen beruft sich Paulus lieber auf Alfenus. Daraus denkt aber niemand, daß er diese vor die großen Klassiker lege.

Aus den Gesagten wollen wir in bezug auf die zwei Gelehrten keine Rangordnung aufstellen — was übrigens auch nicht möglich wäre — und wir möchten nicht einmal ein Gleichheitszeichen zwischen sie legen. Wir möchten nur annehmbar machen, daß die Untersuchung der Tätigkeit des sehr viele Schriften hinterlassenen Alfenus am geeignetsten scheint, die Rechtswissenschaft des Endes der Republik vorzuführen, weil seine Schriften in ziemlich großem Umfang zurückgeblieben sind.

3. Bevor aber wir die Tätigkeit des Alfenus näher untersuchen, werfen wir einige Blicke auf die Tätigkeit der Juristen der „veränderlichen Welt“. Die rechtlichen Ansprüche der schlummernden Gesellschaft der Jahrhunderten IV—III v.u.Z. wurden durch das Zwölftafelgesetz bzw., durch die Interpretation dessen reichlich befriedigt. Das kann aber vom Jh. II nicht mehr gesagt werden, als dies explosionsartigen wirtschaftlichen Änderungen auch durch das Recht selber gefolgt werden mußten.⁹ Der Formenkonservatismus der Römer zufolge sollte die vom Leben gewünschte Rechtsordnung mit neuen Methoden ausgestaltet werden.¹⁰ Rom hat dies in der Form des prätorischen Edikts gefunden. Dann trug dazu die Tätigkeit der Rechtsgelehrten bei, die ihren Spitzenpunkt besonders in der Mitte des Jh. I v.u.Z. erreicht hatte.¹¹ Außer den die rechtlichen Änderungen herbeiführenden wirtschaftlichen, gesellschaftlichen Änderungen übte einen entscheidenden Einfluß auf die Entwicklung des Rechtes die Einströmung der griechischen Philosophie in Rom aus. Diese ermöglichte die Auflockerung der Grenzen zwischen dem steifen Zivilrecht und dem elastischen prätorischen Recht, mit Hilfe der

⁹ Denken wir z. B. daran, daß am Ende des II. Jh. Roms Einwohnerschaft sich der einen Million nähert. Dies zieht nach sich die Augestaltung der Wohnungsmiete und — dem Aufschwung des Handelstätigkeit zufolge — die Ausgestaltung der verschiedenen Vertragstypen.

¹⁰ Pólay (a. a. O., S. 33ff.) behandelt die Frage eingehend. Schulz (a. a. O., S. 44ff.) nennt dieses Zeitalter die hellenistische Periode der römischen Rechtswissenschaft.

¹¹ Pólays Feststellung (a. a. O., S. 73), daß in der Zeit des Servius die Entwicklung des römischen Rechts den größten Schritt vorwärts ausführte, kann kaum in Frage gestellt werden.

Kategorien der *aequitas* (förmliche Rechtsgleichheit der Parteien vor dem Gericht), des *ius naturale* (das auf der Natur der natürlichen Vernunft beruhende Recht), des *ius gentium* (das gemeine Recht der Völker).¹² Unter dem Einfluß der griechischen Philosophie — zunächst einmal der dialektischen Methode — änderte sich die Denkungsart der Juristen. Es entfaltete sich anstatt der Treue zu den steifen Formen eine elastische, sich zu den neuen Bedürfnissen des Lebens richtende juristische Tätigkeit.

Die Frage ist, in welchem Grade Alfenus die dem Zeitgeiste entsprechenden Prinzipien akzeptierte wie weit bei ihm die Wirkung des dialektisch geschulten Servius bewiesen werden kann.¹³ Ob er das Recht wahrlich auf einem Niveau praktisierte, wie wir dieses am Anfang der Abhandlung vorausgesetzt haben? In den Folgenden probieren wir auf diese Fragen eine Antwort zu finden.

II.

1. Wir wissen verhältnismäßig wenig vom Leben des Alfenus. Nur einige Hinweise sind bei antiken Schriftstellern und Gelehrten auf ihn zu finden. Es gibt darauf keine genaue Angaben, wann er geboren und gestorben ist: „ut Alfenus veter omni obiecto instrumento artis clausaque tabernae sutor erat Porphyrio: urbane Alfenum Varum Cremonensem deridet, qui obiecta sutrina, qua min municipio suo exercuerat, Romam petit magistroque usus Sulpicio iuris consulto ad tantum pervenit, ut et consultatum generet et publico funere efferretur“

(Horatius: Satir. 1.3.—130)

Nach Porphyrio entstammte er aus Cremona. Seine originelle Beschäftigung war Schuster. Dann geriet er nach Rom und wurde der Schüler des iuris consultus Servius. Die letztere Angabe von Gellius bestätigt (Noct. Att. 7.51.1), das Alfenus etwas aus dem Buch 34 des iurisconsultus zitiert, aber er erwähnt auch, daß dieser Schriftsteller der Schüler des Servius war. Wir finden ihn ähnlicherweise unter den Schülern von Servius bei Pomponius (D. 1.2.2.44). Als ein Anhänger des Caesar,¹⁴ bekam er in 39 v.u.Z. den Konsulat (Pomp. D. 1.2.2.44). Daneben haben wir noch eine biographische Angabe. In 41 hat er in Transpadana — zusammen mit Asinus Pollio und Cornelius Gallus — als der Leiter des Komitees der Bodenverteilung für die Veteranen das Vermögen des Vergil verteidigt.¹⁵ Er wurde deshalb von Vergil an mehreren Stellen gelobt (Ecloga 7.9; Aeneis 6.264). Sie haben angeblich den epikureischen Siron zusammen gehört.¹⁶ Sie waren als Schulkameraden annehmlich in Freundschaft, ebenso wie Cicero mit Servius.

Es stellte sich aus einigen, zur Verfügung stehenden, Angaben aus, daß

¹² Pólay, E.: A. a. O., S. 79.

¹³ Schulz: A. a. O., S. 73ff, Pólay: A. a. O., S. 72.

¹⁴ W. Kunkel (Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen. Köln—Graz—Wien, 1967, S. 55) bemerkt, daß die italischen Rechtsgelehrten (d. h. nicht mit römischer Geburt) — mit ein-zwei Ausnahmen — von den römischen Rittern stammten. Eine solche Ausnahme war Alfenus, ähnlich anderen Italikern. Als ein Anhänger des Caesar, hat er im Laufe seiner politischen Laufbahn das Amt des Konsuls erreicht. Ebenso: A. Guarino: Storia del diritto romano. Napoli, 1975, S. 312.

¹⁵ W. Kunkel: A. a. O., S. 29, Fußnote 62, ferner E. Klebs RE, Bd. 8, Spalte 1472.

¹⁶ E. Klebs: RE, Bd. 8, Sp. 1472.

der provinzielle Schuster. in Rom ein Rechtsgelehrter wurde. Ja sogar erreichte dieser *homo novus* auch sehr hohe staatliche Ämter. In der Literatur ist nur seine Beschäftigung dahingestellt geblieben. Klebs und Kunkel¹⁷ nehmen an, daß er nicht als ein Schusterarbeiter tätig war, sondern als (solcher), ein zum Ritterorden gehörender Unternehmer, der eine Unternehmung aufrechterhaltend, die Schuhe mit Sklaven verfertigen ließ. Kasers Meinung nach war nur ein Großbetrieb dazu fähig, dem Alfenus das Lernen bzw. die Amtierung zu sichern. Nach Schulz ist die Beschäftigung als ein Schuster bei Alfenus ebenso unwahrscheinlich, wie daß der Urgroßvater des Augustus ein freigelassener Seilschläger und Ciceros Vater ein Arbeiter in einer Tuchweberei gewesen wäre.¹⁸ Aus der Satire des Horaz stellt es sich nur heraus, daß er ein Schuster war (*sutor erat*). Es steht noch dahin gestellt, was im Text das Verb *exerceo* bedeutet. Es ist zweifellos, daß es die Übung von etwas aber auch die Beschäftigung von jemandem bedeuten kann.¹⁹ Das kann aus dem Text allein nicht unzweideutig entschieden werden. Ganz sicherlich war seine originale Beschäftigung Schuster. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß er auch Lohnarbeiter oder Sklaven anstellte. Es ändert natürlich überhaupt nicht seine Abtammung, ob er die Schuhe allein machte oder zusammen mit seinen Lohnarbeitern. Der Ausdruck „*sutor erat*“ bezeichnete auf alle Fälle seine Beschäftigung.

Im Zeitalter der Bürgerkriege war gar nicht schwierig, eine politische Bahn durchzulaufen, wenn jemand dazu fähig war. Aus der Tatsache, daß er in 39 Konsul war, kann die Folgerung gezogen werden, daß seine Tätigkeit als eines Jurisconsult ganz auf das Ende des vorklassischen Zeitalters fiel. Einige zählten ihn schon zu den Juristen des Prinzipates, als sie sagten, daß er selbst unter Augustus noch lebte. Wir stimmen mit Schulz völlig überein bezüglich der Unhaltbarkeit dieses Standpunktes.

2. Alfenus schrieb auch ein Digestenwerk, das nach dem Index Florentinus aus 40 Büchern bestand.²¹ Es ist wahr, daß in Justinians Digensten nur ein Hinweis auf das 39-ste Buch zu finden ist, bei Paulus (D. 3.5.20. pr). Dies bedeutet natürlich nicht, daß sein „*digesta*“ nicht aus 40 Büchern bestehen konnten, weil die justinianische Gesetzgebung auch von den anderen Büchern nicht alles übernahm. Aufgrund von Gellius (7.5.1) ist wahrscheinlich daß Alfenus außer den Digesten auch ein anderes Werk hatte, die *Coniectanea*.²² Aber wenn wir den Text des Gellius in Betracht nehmen, können wir höchstens nur die Folge ziehen, daß die *Coniectanea* irgendeine andere Zusammenstellung der *digesta* sei, weil auch Gellius so etwas aus dem Text des Vertrages zwischen Carthago und Rom anführt, daß dieser in lib. 34 der *digesta* und in lib. 2 der *Coniectanea* des Alfenus zu finden sei.

¹⁷ E. Klebs: RE, Bd. 8, Sp. 1472, sowie Kunkel: A. a. O., S. 29. Gegenüber ihnen nennt ihn Wenger (a. a. O.) einfach einen Handwerker.

¹⁸ Schulz: A. a. O., S. 49.

¹⁹ Finálly, H.: A latin nyelv szótára (Wörterbuch der lateinischen Sprache) Budapest, 1884, S. 734.

²⁰ Schulz: A. a. O., S. 359, Fußn. 9, sowie F. Jörs: RE, Bd. 8, Spalte 1475.

²¹ Schulz: A. a. O., S. 254, Guarino: A. a. O., S. 312.

²² So zunächst einmal Level, Palingenesia Iuris civilis I. 1889, S. 38.

²³ Jörs: (A. a. O., Sp. 1475). Er hält den Standpunkt des Lenel für ausgeschlossen — übereinstimmend mit den Ansichten des Krüger und des Karlowa — weil dies, seiner Ansicht nach, mehr aus der Sammlung des Aufidius Namusa ist, mit dem sie bei Servius zusammen gelernt haben.

D.h., es ist in beiden Werken derselbe Text. Da auf die Coniectanea außer Gellius niemand hinweist, können wir nur annehmen, das dieses Werk nur irgendein Auszug der *digesta* gewesen sein mag, aber keinesweg eine selbstständige Erschaffung des Alfenus. Die *communis opinio* lehnt unzweideutig das Bestehen eines anderen Werkes des Alfenus ab.²³

Der herrschende Standpunkt in der Literatur ist, daß die justinianischen Kodifikatoren Texte aus dem Werk „*digesta*“ von drei Stellen nahmen.²⁴ Nach Schulz²⁵ sollen sie auch den Originaltext der *digesta* des Alfenus gekannt haben. Es standen fernerhin zu ihrer Verfügung die *epitomae* des Paulus, sowie der Auszug eines unbekannten Verfassers. Die Kompilatoren führen Alfenus auf dreifache Weise an:

- a) Alfenus libro ... *digestorum*
- b) Alfenus libro ... *digestorum a Paulo epitomatorum*
- c) Paulus libro ... *epitomatorum Alfeni digestorum*.

Die letzten zwei zeigen die Umarbeitung durch Paulus, wenn auch diese auf verschiedene Weise formuliert sind. Die gemäß der ersten Anführungsweise gezeigten Texte stammen entweder aus den originalen *Digesten* oder aus dem anonym bearbeiteten Werk.²⁶ Bei einigen klassischen Autoren kommen zwar auch solche Texte vor, die die Meinung des Alfenus anführen, ohne die Quellenstelle zu bezeichnen. Diese sollen auf alle Fälle aus dem Originalwerk entstammt sein.

Es scheint eine einzige Frage diskutabel zu sein. Nämlich wovon die gemäß der im Punkt a) angegebenen Zitierungsweise verfaßten Texte stammen. Sie mögen zweifellos aus dem Originalwerk oder aus einem Auszug entstammt sein. Die allgemeine Auffassung sieht es bewiesen genug zu sein, daß es einen solchen anonymen Auszug gab,²⁷ obwohl der Index Florentinus diesen nicht erwähnt. Dem Standpunkt Ferrinis nach²⁸ hielt der Excerptor am Stil des Alfenus und dem zeitgenössischen Wortgebrauch fest, im Gegensatz zu Paulus, der nur die Lösungen der Fälle von Alfenus übernimmt. Seiner Meinung nach soll der Excerptor das Material in den Zeiten unmittelbar nach der Regierung des Kaisers Hadrian bearbeitet haben. Der Meinung des Schulz nach lebte der Bearbeiter nach Paulus.²⁹ Lenel führt in der *Palingenesia* (I. 38.54.1) alle die in den justinianischen *Digesten* gefundenen Fragmente³⁰ vor. In den justinianischen *Digesten* können an 90 Stellen Zitate von Alfenus zu finden. Nach Lenel stammen die ersten drei Stellen aus dem Originalwerk des Alfenus, die Stellen von 4 bis 300 aus dem Auszug des anonymen Bearbeiters, die Stellen 13—74 aus den Auszügen des Paulus, während bei den Stellen 75—95 das Werk nicht bezeichnet wurde, nur der Name des Alfenus.

Der letztere Teil soll auf alle Fälle als das Originalwerk des Alfenus

²⁴ Jörs (a. a. O., Spalte 1473) hat gewisse Zweifel in Hinsicht des unbekannten Bearbeiters. Vgl. noch weiter: Wenger: A. a. O., S. 484. Lenel: Pal., Bd. I, S. 38ff. Opere Ferrini II, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo* (Milano 1929), S. 169ff.

²⁵ Schulz: A. a. O., S. 254ff, W. Kalb: *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*. 1890, S. 36—42. Die Sprüche und Ausdrucksweise prüfend stellt er fest, daß die Kodifikationen den Originaltext des Alfenus gekannt haben.

²⁶ Vgl.: Jörs: A. a. O., Spalte 1473, Schulz: A. a. O., S. 254, Ferrini: A. a. O., S. 169ff.

²⁷ Lenel: *Paling.* Bd. I, S. 38, Ferrini: A. a. O., S. 169, Schulz: A. a. O., S. 255.

²⁸ Ferrini: A. a. O., S. 174ff.

²⁹ Schulz: A. a. O., S. 255.

³⁰ Lenel: *Paling.* I. S. 38—54.

angesehen werden, weil wenn Paulus die originalen Digesten kannte, sollten diese auch die anderen Anführer gekannt haben, denn sie lebten nicht später als Paulus. Lenels Standpunkt scheint am wenigsten wahrscheinlich zu sein. Es scheint natürlich schwierig genug zu sein, unzweideutig zu entscheiden, ob die Kompilatoren aus dem Originalwerk des Alfenus die einzelnen Fragmente auswählten, oder sie die Beispiele aus dem vom anonymen Excerptor gemachten, den gekürzten Text des Alfenus enthaltenden Werk genommen haben. Dies ist aber auch nicht wesentlich vom Gesichtspunkt des Schlußresultats. Bei der Untersuchung der einzelnen Texte werden wir sehen, daß die responsa des Alfenus mit sehr wenigen nachklassischen bzw. kompilatorischen Änderungen in die Digesten gerieten. So ist es also nicht von Bedeutung, ob die Kompilatoren selbst das Werk von Alfenus oder einen die Ideen von Alfenus enthaltenden Auszug bearbeiteten, weil beide die von Alfenus beschriebenen Entscheidungen enthielten.

Es ist in Verbindung mit den Digesten von Alfenus eine ziemlich umstrittene Frage, ob die einzelnen responsa die Meinung des Alfenus oder des Servius enthalten. *Ferrini* versuchte ausdrücklich zu beweisen, daß die responsa meistens von Servius stammten.³¹ *De Sarlo* überzeugt uns eher von dem Gegensatz von diesem.³² *Jörs*, *Schulz* und *Guarino* stellen sich auf den Standpunkt, daß im Originalwerk des Alfenus die Meinungen von beiden zu finden ist, es aber schwierig sei, das Verhältnis von diesen zu entscheiden.³³ Sicherlich ist dieser letztere Standpunkt näher der Wahrheit. Es kann nicht unbeachtet gelassen werden, daß Pomponius (D. 1.2.2.43) von den Rechtsgelehrten des gegebenen Zeitalters — wahrscheinlich auch unter dem Einfluß des Cicero — Servius auf den ersten Platz stellt. Die Redakteure der Digesten nehmen ihn hingegen nicht in die Digesten, sondern führen seine Meinungen nur durch andere Juristen an. Annehmlich blieb nichts von seinen Schriften bestehen (dies ist auch ein indirekter Beweis dafür, daß die Digesten des Alfenus hingegen von den Kompilatoren gesehen waren). Alfenus, als ein Schüler, nahm den Standpunkt seines Meisters in vielen Beziehungen an, er weist häufig auch auf ihn hin, eben seiner großen Autorität zufolge. Es sind aber viel mehrere Fragmente, in denen Servius überhaupt nicht erwähnt wurde. Hier war die Meinung des Servius vermutlich verschieden oder hat er sich in der gegebenen Frage nicht geäußert. Oder möglicherweise hat er nicht für notwendig gehalten, für die Bestätigung des Satzes sich auf dieselbe Meinung seines Meisters zu berufen.³⁴ Wir würden quellenfeindlich handeln, wenn wir in dieser Frage einen steifen Standpunkt annähmen. Eines ist sicher: Es gibt in den justinianischen Digesten viel mehr solche Fragmente, in denen Servius keine Rolle hatte. Ob er von den Kompilatoren weggelassen wurde oder sich in diesen Fragen nicht geäußert

³¹ *Ferrini*: A. a. O., S. 173ff.

³² *De Sarlo*: Alfenus Varro e i suoi digesta (Milano 1940). S. 2 ff.

³³ Nach *Jörs*: RE, Bd. 8 (Spalte 1473) hatte Alfenus eine große Ehre gegen seinen Lehrmeister, es wäre aber eine erzwungene Lehre das Werk von Alfenus auf Servius zurückzuführen. Nach *Schulz* (A. a. O., S. 255, Fußn.) verwische sich der Unterschied, aufgrund der der Bearbeitung des Paulus, zwischen den responsa des Servius und des Alfenus, bzw. den Bemerkungen des Paulus. Aus der Benützung der Verbformen „respondi“ und „respondit“ kann man keine wesentlichen Folgerungen ziehen. Diese mögen Verkürzungen gewesen sein und auch eine gewaltsame Streichung ist nicht undenkbar. Vgl. noch auch mit *Guarino*: A. a. O., S. 312.

³⁴ *Ferrini* (a. a. O., S. 173) bemüht sich Servius aus den Quellen auch dort zu erweisen, wo es keinen Hinweis auf ihn gibt.

hatte, wird vielleicht hier erfahren werden. Es ist hingegen eine Tatsache, daß das Werk des Alfenus in die Digesten geriet — und nicht einmal an wenigen Stellen — und dies selbst allein garantiert den Wert des Autors, selbst wenn darin auch die Anerkennung seines Meisters mit einbegriffen ist. Zusammen mit Q. Mucius Scaevola vertreten nur sie beide die Rechtswissenschaft des vorklassischen Zeitalters in den Digesten. Die Kodifikatoren haben seine Schriften offensichtlich nicht zufälligerweise selektiert, wie auch Paulus die Digesten des Alfenus nicht zufällig bearbeitete. Die große Zahl seiner responsa konnte selbst noch im Zeitalter des Paulus angewendet werden. Dies ist so selbst wenn Paulus — den geänderten Verhältnissen entsprechend — auch seine eigene juristische Meinung dazugeschrieben hatte. Das bis zu Ende auf der Kasuistik³⁵ beruhende römische Recht fand eine nützliche Rechtsfall-Sammlung in den Digesten des Jurisconsulten Alfenus, die wesentlich die ganze Rechtswissenschaft des Endes des vorklassischen Zeitalters entschlossen.

III.

1. Die Quellen erwähnen Alfenus selbst an mehreren Stellen als *iuris consultus*. Sehen wir aufgrund seiner *digesta*, wieweit er als solcher angesehen werden kann, Nach Cicero (De orat. 1.212) sei derjenige ein *iuris consultus*, der das Privatrecht in einer der Formen der Tätigkeiten von *respondere* (Begutachtung), *cavere* (Erzeugung von Vertrags- und Klageformeln) und *agere* (Unterweisung der Parteien auf Prozeßführung) treibt. In der *respondere*-Tätigkeit im weiteren Sinne sind auch die *agere*- und *cavere*-Tätigkeiten einbegriffen. Die letzteren zwei Tätigkeiten verengern sich für das Ende der Republik, die *respondere*-Tätigkeit breitet sich hingegen aus.³⁶ Nehmend dies in Betracht, können wir den *iuris consultus*-Charakter des Alfenus *prima facie*, aufgrund seiner *digesta* feststellen, weil nur in den Fragmenten der justinianischen Digesten mehr als hundert Fälle zu finden sind, die Alfenus beantwortete. Neben diesem formellen Kennzeichen scheint es natürlich zur Erkennung der Tätigkeit des Rechtsgelehrten auch die nähere Untersuchung der Fragmente notwendig zu sein.

2. *Lenel*³⁷ argumentiert betreffs des Bestehens des anonymen Auszugs zunächst damit, daß der unbekannte Excerptor den Auszug dem Edikt-System gemäß zusammengestellt hatte, während Paulus bei dem Digesten-System blieb. Diese Ansicht ist auch bei *Schulz* akzeptiert.³⁸ *Jörs* hat hingegen Zweifel in Hinsicht dieser zwei Arten des Systems.³⁹ Unserer Meinung nach kann auch der grundlegende Unterschied zwischen diesen zwei Arten des

³⁵ Vgl. für die Kasuistik des römischen Rechts: *Pólay*: A. a. O., S. 62 und 79.

³⁶ *Pólay* (A. a. O., S. 9, 26, 49) legt zwar die Zusammenschumpfung der Aktivitäten *agere* und *cavere* auf den Anfang des Zeitalters. Wir können aber annehmen, daß diese Erscheinungen auch am äußersten Ende des nachklassischen Zeitalters bestanden. (Vgl.: *Kaser*: Rechtsgeschichte. S. 162). *Pólay* erörtert weiterhin auch, daß am Ende (der Republik) die Tätigkeit *respondere* dem Wesen nach aus vier Komponenten bestehe: *regula*, *definitio*, philosophische Rechtswissenschaft, dialektische Rechtswissenschaft.

³⁷ *Lenel*: Paling. I. S. 38.

³⁸ *Schulz*: A. a. O., S. 256.

³⁹ *Jörs*: RE, Bd. 8 (Spalte 1473).

Bearbeitungssystems noch unzweideutig behauptet werden. In dem von *Lenel* entzweigeteilten fragmentarischen System folgen die Fälle (*casus*) einander in derselben Ordnung — wenn es so gefällt: unsystematisch. — So beginnen die einzelnen Rechtsfälle in dem von *Lenel* rekonstruierten Werk des unbekannten Bearbeiters mit der *actio negativa* und den Nachbarrechten, dann beginnt er die mit der *lex Aquilia* verbundenen Rechtsfälle sofort zu besprechen. Das setzt er mit den durch die Sklaven begangenen Straftaten und danach folgen die Verträge und der Teil über die Erbschaft. Es gibt hingegen in der von *Lenel* bezeichneten Reihenfolge solche Unterschiede, daß nach Fragment 75 des Auszuges Fragment 62 folgt, das auf jede Weise vor die Klagen geraten würde, obwohl dieses Fragment von einem zum Verbrechen verleiteten Sklaven spricht, der das von seinem Herrn ihm anvertraute Geld gestohlen hatte.

Die ebenso von *Lenel* zusammengestellte Extrahierung des *Paulus* beginnt mit den Diensbarkeiten, dann enthält sie einen regula-artigen Teil in Verbindung mit der Ersitzung, damit ist der mit der Beerbung verknüpte Teil verbunden. Innerhalb der einzelnen Themen ist hingegen die Reihenfolge in beiden Systemen dieselbe. Das heißt, wenn der Auszug des unbekannten Autors beginnt, den mit der Beerbung verbundenen Teil zu erörtern, dann führt er diesen mehr oder weniger bis zum Ende durch. Aber auch *Paulus* folgt diesem System. Zweifelsohne kann man selbst bis zum Standpunkt *Lenels* hinankommen. Es ist aber auch nicht zu verwerfen, daß der unbekannte Bearbeiter das System der *Digesten* des *Alfenus* in Betracht zog, *Paulus* hingegen die *responsa* des *Alfenus* in das von ihm gebrauchte System eingefügt hatte. Dieses letztere scheint viel wahrscheinlicher zu sein, weil wenn wir nur einen einfachen Auszug von einem Werk machen, dann behalten wir das Originalsystem. Wenn wir aber die *responsa* in die Ordnung eines Buches hineingefügt benützen — dem Wesen nach hat *Paulus* dies gemacht — dann ist gewisse Modifizierung des Systems mehr vorstellbar.

Alle die Rechtsfälle vergleichend, mögen wir wesentlich die folgende Gruppierung machen. Es beschäftigen sich mit erbsschaftlichen Themen 24, mit Obligationen 40, mit eigentümlichen Verhältnissen 10 Fragmente. Es gehören auf das Gebiet des *ius publicum* 3 Fragmente. Diese Gruppierung kann manchmal willkürlich gesagt werden — besonders in ihrer prozeßrechtlichen Beziehung, weil in vielen Fällen auch auf andere Gebiete fallende Beispiele zu den Klagen hätten eingeteilt werden können. *Alfenus* schließt nämlich die Frage im Falle eines Streites mit der Einleitung der dees Eigentumsrechts bzw. des Personenrechts gibt. Dies schließt natürlich nicht aus, daß bei *Alfenus* viel mehr *responsa* solchen Charakters vorkommen konnten, aber diese später veraltet wurden.

3. Wie es aus den in die *justinianischen Digesten* aufgenommenen *alfenischen* Fragmenten hervorgeht, hat *Alfenus* den zu ihm Wendenden seine juristischen Gutachten in weitem Kreise gegeben. Die Frage ist, wie weit vor ihm die in der vorklassischen Jurisprudenz ausgestalteten rechtlichen Begriffe bekannt waren.

„*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, si recte de iniuria occiso eo agitur.*“
(D. 9.2.52. pr.)

Er unterscheidet im Falle des verwundeten Sklaven zwischen der Unwissenheit des Arztes (*inscientia*) und der Fahrlässigkeit des Herrn des

Sklaven (negligentia),⁴⁰ was uns auf die Abstufungen der Schuld schließen läßt.

Es weist auf eine ähnliche Schattierung der Ausdruck *operis vitium* hin (D. 32.2.43.2). Dieser Ausdruck verweist auf die im Laufe der Ausführung der Arbeit auftauchenden Fahrlässigkeiten, er mag aber möglicherweise auch ein Risiko enthalten.⁴¹ Alfenus kennt die Testamentserrichtung mit Bedingungen („*condiciones impleset*“, D. 28.5.45) ebenso, wie die partielle Ungültigkeit des Testaments („*ea perinde sunt ac si scripta non essent, reliqua autem per se ipse valent*“, D. 34.8.2) für den Fall, wenn ein Teil des Testaments nicht klar ist; die anderen Teile des Testaments bleiben natürlich gültig. Wichtig ist das Testament, das unmögliche Bedingungen festsetzt („*quius id quod impossibile in testamento scriptum esset nullam vim haberet*“, D. 28.5—46), sagt Alfenus aufgrund der Lehre des Servius. Er wendet mit beruflichen Händen auf die Tragung der unabwendbaren Ereignissen zufolge entstandenen Schäden bezüglichen Regeln an („*aliqua vi extrinsecus admota*“; — D. 39.2.43. pr. — „*quamvis periculum vere non fuisset*“; D. 19.2.27). Gegenüber den steifen zivilrechtlichen Regeln bringt er die sich tormentenden Haftpflichtregeln zur Geltung in der Form der exceptio, mit Hilfe der aus der aristotelischen Philosophie dahin geratenen *aequitas*,⁴² als er die Bezahlung des Kaufpreises im Falle des schadhaft gewordenen Sklaven verweigert („*placuit sequum esse in factum exceptionem eum obicere*“ — D. 44.1.14). Nach Verweisung die Behandlung dieser Begriffe mit sicheren Händen sehen wir die definierende Tätigkeit des Alfenus ein wenig eingehender.

4. Der bei Gellius findbare Text, in dem das geprüft ist, wie das für Rom zu zahlende Silber sein soll, erträgt die Kennzeichen der Definition:⁴³

„... *populo Romano darent certus pondus argenti puri puti. Quaesitum est, quod esset purum putum. Respondi, inquit, ego putum esse valde purum, sicut novum novicium dicimus et proprium propicium...*“ (Gell. 7.5.1).

Die regula-ähnliche Bemerkung des Alfenus, der sich auf den Zusammenfall des Allgemeininteresses mit den Privatinteressen bezieht, ist auch heute noch zeitgemäß:

„*Non vero dicitur rei publicae causa abesse eum, qui sui privati negotii causa in legatione est*“ (D. 4.6.42).

Im titulus „De verborum significatione“ der justinianischen Digesten ist das von Paulus aus dem Werk des Alfenus genommene Fragment zu finden:

⁴⁰ M. Kaser: Das römische Privatrecht I² (München, 1971), S. 612.

⁴¹ Vgl.: M. Kaser: Periculum locatoris SZ. 74/1957, S. 189. E. Betti: Periculum problema del rischio contrattuale in diritto romano classico in giustiniano. St. De Francisci I (Milano 1956), S. 188.

⁴² G. Beseler: St. Bonfante, Bd. 2, S. 65. Er denkt eben den ominösen Teil interpoliert zu sein. Der Begriff der *aequitas* war hingegen — wie von Pólay demonstriert (a. a. O., S. 74) — schon im III. Jh. der Republik bekannt. So sollte dieser auch von Alfenus bekannt sein. Der Rechtsfall hätte auch in die justinianischen Digesten nicht hineingeraten können, wenn Alfenus eine Entscheidung anderer Richtung getroffen hätte. Es ist schwierig uns vorzustellen, daß die compilatores mit einer ganz anderen rechtlichen Entscheidung die Grundfälle selber benützten. Vgl. auch: F. Pringsheim: Bonum et aequum. SZ 52 (1932), S. 88.

⁴³ Pólay (a. a. O., S. 64) hält die *quid est* — Definition für die originale römische Definitionsform, die sich unter der Wirkung der Dialektik am Ende der vor-klassischen Rechtswissenschaft auch weiterhin fein machte. In Verbindung mit der Frage erörtert seine Meinung B. Schmidlin: Die römischen Rechtsregeln (Köln—Wien 1970), S. 165.

„*Pueri appellatio tres significationes habet, unam cum omnes servos pueros appellaremus: alterum cum puerum contrario nomine puellae diceremus tertiam, cum aetatem puerilem demonstraremus*“ (D. 50.16.204).

Der Satz kann auch als eine die Form der *divisio* auf sich legende Definition aufgefaßt werden. Das Wort „*pueri*“ hat drei Bedeutungen: alle Sklaven werden so genannt; zweitens dient es zu Unterscheidung von den Mädchen, drittens bedeutet sie auch das Kindesalter. Die Nuß, die Feige und die nicht zum Zweck des Weins angebaute Traube wird von Alfenus als Obst erwähnt:

„*Qui fundum vendidit pomum recepit: nuces et ficos, et uvas dumtaxat duracinas et purpureas et quae eius generis essent, quas non vini causa haberemus*“ (D. 50.16.205).

Einige Fragmente haben Definitionscharakter aber sie scheinen lieber zu philosophieren, mindestens teilweise. So die unter D. 50.16.203 und 34.2.28 aufgenommenen Fragmente:

„*Questiones primam quid esset domum ducere, alteram quid esset suo usu ducere*“ (D. 50.16.203), „... *usu suo magnam habuisse dubitationem*“

Er schließt die Debatte nur nach langer Anspielung. Es scheint aus diesen Quellen unzweideutig die Wirkung der griechischen Philosophie. Die Literatur der Interpolationen hält den im Fragment 203 aufgenommen Teil für eine Interpolation.⁴⁴ Die Meditierung ist zweifellos viel zu viel bei ihm, aber die ständige Anspielungen widersprechen Textmodifikationen der späteren Zeitalter. Wir glauben nicht, daß die vielerlei Variationen im nachklassischen Zeitalter geschrieben wurden.

Der in D. 32.60.2 aufgenommene Text zeigt gleichfalls philosophierenden Charakter in Verbindung mit der Überlieferung der Purpurwolle. Was für Alfenus spricht, sind die vielerlei Variationen der heraufgebrachten Beispiele und daß er die Entscheidung nur von Beispielen abgeleitet trifft.⁴⁵ Dessenungeachtet, daß die Interpolationsliteratur keine nachträgliche Abänderung in dem in D. 5.1.76 aufgenommenen Text sieht, können wir im Einverständnis mit *De Sarlo* feststellen,⁴⁶ daß das Ganze eine philosophische Erörterung ist. Aber das typische alfenische Bild traf auch in diesem zum Vorschein. Er unterstützt die getroffene Entscheidung — den allgemeinen Satz — mit der Unzahl der Beispiele. Er erreicht das Allgemeine immer von den Fällen aus, selbst wenn er sich inzwischen auf die Philosophen beruft („*ut philosophi dicerent*“).

Bei der Prüfung der Rechtsprechung der *recuperatores* taucht die Frage auf, ob in Verbindung mit dem Fall, wenn sich die persönliche Zusammensetzung des Gerichtes ändert, das Gericht dasselbe bleibe oder nicht. Der Ansicht des Alfenus nach bleibt es dasselbe. Die Sache bleibe nämlich dieselbe, wenn auch ihre Teile ausgetauscht werden. So ist z.B. die *legio* dieselbe, wenn auch die Gefallenen mit anderen ersetzt werden. Das Volk bleibt

⁴⁴ Vgl.: Index Interp. Bd. III, S. 588. *Beseler* ist der Meinung, daß dieser Teil nicht original sei. *De Sarlo* (a. a. O., S. 199 ff) ist maßhaltender in der Frage. Er nimmt nur eine unwesentliche Interpolation an. Aber auch er versieht mit einem Fragezeichen den Ausdruck „*magnam habuisse dubitationem*“.

⁴⁵ Das ist hingegen nicht mehr überraschend, daß — obwohl unbegründet — der Verdacht der interpolatio auftaucht. Index Interp. II, S. 270. Vgl. noch *De Sarlo*: A. a. O., S. 189.

⁴⁶ A. a. O., S. 43 schreibt: „essenzialmente filosofico“.

auch nach 100 Jahren dasselbe, obwohl niemand mehr von seinen Mitgliedern leben wird. Das Schiff ist auch dasselbe, wenn auch alle seiner Bretter nacheinander aufgefrischt werden. Alfenus sagt, sich auf die Philosophen berufend, daß mit der Austausch der Partikel das Individuum sich nicht ändert. So bleiben auch die Individuen dieselben (*rem quoque eandem esse existimari*).

Es läßt sich aus den präsentierten Quellen festgestellt werden, daß Alfenus die griechische Philosophie auf hohem Niveau kannte — annehmbar durch Servius — und bei der Entscheidung der Fälle sie auch angewendet hat.

5. Zurückkehrend zur Untersuchung der Tätigkeit des Definierens möchten wir die folgenden Beispiele vorzeigen:

„*Lumen id est, ut caelum videretur, et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest*”

— sagt Paulus in seinen aus den Digesten des Alfenus gemachten epitomae. In Verbindung mit der Wohnungsdienstbarkeit bezeichnet er genau, was der Begriff der Helle sei. Er trennt ferner voneinander die Helle und die Aussicht.⁴⁷

Der Begriff und die Beispiele können in D. 33. 10.6. pr., bei der Definition der Hausgeräte zusammen befunden werden. Es geht aus dem Text hervor, daß alle Dinge hier gehören, die zur Bequemlichkeit des Familienoberhauptes dienen aber keine künstlerischen Werke sind („*quae ad usum communem patris familias paratae essent*”).

Bei der Bezeichnung des Kreises des *instrumentum* gerät er mit Servius in Widerspruch (D. 33.7.16). In D. 39.2.9.2 hat hingegen Ulpian eine andere Ansicht in bezug auf das *instrumentum* als Alfenus. Er erklärt in einem weiten Kreis den Umfang des mit der feldwirtschaft verbundenen *instrumentum* (D. 31.60.2—3 und 18.1.40.4—5).

Er zeigt eine große Versiertheit betreffs des Begriffskreises des *periculum* in seinem in Verbindung mit dem in D. 40.1.6 behandelten Rechtsfall gegebenen juristischen Gutachten.

Er macht einen Unterschied zwischen Schiff und Boot („*Scapham non videri navis esse*”?)

Die bisher gesagten sind damit was er von der Stadt Rom bzw. von der Stadt mit Definitonscharakter sagt, interessant gefärbt. In den Digesten des Marcellus spricht er folgenderweise:

„*Ut Alfenus sit, 'urbs' est 'Roma', quae muro cingeretur, 'Roma' est etiam, continentia aedificia essent: nam Romam non muro tenus* „...*et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet*” (D. 50.16.239.6).

„...*et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet*” (D. 50.16.239.6).

Es ist unterstützt, durch die präsentierten Quellenbeispiele, unzweideutig daß Alfenus ein namhafter *iuris consultus* seines Zietalters war, der definitiones, regulae regelmäßig konstruierte. Auch die philosophischen Erörterungen fehlten nicht bei ihm, was die Abspiegelung der hellenistischen Wirkung ist.

⁴⁷ De Sarlo: A. a. O., S. 74.

IV.

1. Wir sind der Ansicht, daß die Feststellungen des Alfenus gleichwohl in dem sich mit dem vertraglichen und außervertraglichen Verantwortung beschäftigenden Teile die Bedeutungsvollsten sind. Seine in diesem Themenkreis angewendeten Lösungen representieren die Bewandertheit des gegebenen Juristen im Rechte seines Zeitalters. Nach Gaius wurden die Begriffe der Vorsätzlichkeit (*sciens prudensque*) und des Zufalls (*casus*) in der Zeit des Zwölftafelgesetzes schon bekannt (D. 47.9.9). Der Begriff der Fahrlässigkeit (*culpa*) erscheint bei P. Mucius gegen das Ende des II. Jahrhunderts u. Z. (D. 24. 3.66. pr.). Servius benützt schon den *dolus* mit der *culpa* als eine ausgestaltete Stufe der Verantwortlichkeit (D. 24.3.66. pr.), bzw. gibt er Rechenschaft über die Ereignisse von *vis-maior* Charakter (D. 19.2.15.2 — 39.2.24.).

2. Alfenus erwägte die Umstände bei dem Beinbruch eines Sklaven in gemeinsamen Eigentum und den Zufall ausschließend, stellte die Fahrlässigkeit des Miteigentümers fest („*si quid culpa illius magis quam casu*“ — D. 10.3.26.) während er bei dem Beinbruch eines Balljungen das Ereignis als einen Zufall qualifiziert und die Fahrlässigkeit verwirft („*cum casu magis quam culpa*“ — D. 9.2.52.4).⁴⁸ Die Meditation des Alfenus läßt uns darauf schließen, daß in den erwähnten Beispielen die Entscheidung nur aufgrund der Untersuchung von allen Umständen des Falles möglich ist, hinsichtlich ob die Fahrlässigkeit besteht oder nicht. Er vergleicht die *culpa* nicht mit der *vis maior* sondern mit einer anderen Stufe des *casus*. Alfenus auch wußte, daß es zwischen *vis maior* und *culpa* irgend ein dazwischenliegendes Gebiet ist. Dies stellt sich in Verbindung mit der Prüfung beider Fragmente heraus. Es handelt sich hier um einen Zufall, der Unglück bedeutet, die kleinere Wendung des *casus*. Alfenus sagt in Verbindung mit der Tätigkeit des über den Diebstahl richtenden Richters, daß keine Verantwortlichmachung möglich sei, weil weder Fahrlässigkeit noch Vorsätzlichkeit geschah („*quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset*“ — D. 6.1.58).

3. Es scheint einem, daß das Lieblingsthema des Alfenus war, die mit den unabwendbaren Ereignissen verbundenen Schäden zu prüfen. Im Laufe der Bescprechung der durch die vom Sturm heruntergerissenen Dachziegel herbeigeführten Schäden vertritt er einen ähnlichen Standpunkt wie sein Lehrmeister.⁴⁹ Ist der entstandene Schaden die Folge der Vernachlässigung des Gebäudes, dann ist der Eigentümer verantwortlich, war er aber durch die Kraft des Windes verursacht, dann ist er nicht verantwortlich („*sed si tanta vis venti fuisset, ut quam vis firma aedificia convelleret non debere*“ — D. 39.2.43). Der im Text vorkommende Ausdruck „*vi extrinsecus admotu*“ stammt unbestreitbar von Alfenus.⁵⁰ Der Fall kann aber nicht als *vis maior* qualifiziert werden, wenn im gemieteten Landhaus die Herbeiführung des

⁴⁸ Visky, K.: A vis maior a római jog forrásaiban (Vis maior in den Quellen des römischen Rechts) (Budapest 1942), S. 57 ff. Der Verfasser nahm den Standpunkt ein, daß in der Zeit des Alfenus die Grenzlinien zwischen *casus* und *culpa* noch nicht klargestellt waren und Alfenus in beiden Fällen deshalb meditierte.

⁴⁹ In D. 39. 2. 24. 4 sieht Servius den Sturmwind als eine unabwendbare himmlische Kraft an.

⁵⁰ S. Condanari Michler: Vis extrinsecus admota. Festschrift für L. Wenger, I. (München 1944), S. 243 ff. Alfenus hält ihn für einen originalen Ausdruck.

Brandes aus Verschulden des Sklaven entstand.⁵¹ („*Non fortuito casu ... sed extrariam vim*“ — D. 19.2.34).

Er präsentiert die zwei typischen Fälle der *vis maior* mit der Bezeichnung des Schiffbruches und der Feuerbrunst, wie es aus Paulus' epitomae zu sehen ist:

„*Cum depressa navis aut deiecta esset, quod quisque ea suum servasset, sibi servare respondit, tamquam ex incendio*“ (D. 14.2.7).

Er erwähnt ein interessantes Beispiel in Verbindung mit einem dem Eigentümer gegebenen Darlehen, ebenso aufgrund der Besprechung der digesta des Alfenus von Paulus:

„*Qui ratiario crediderit, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. Si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestendam, non vim maiorem*“ (D. 13.7.30).

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Schaden in gegebenem Fall durch die *vis maior* herbeigeführt war. Der Überschwemmung der Flüsse die menschliche Kraft nicht widerstehen kann. Wenn der Gläubiger das Floß dem Willen des Schuldners gegenüber zurückhielt, dann soll er wegen seiner Schuld auch für die *vis maior* eintreten.⁵²

Es kann aus den angeführten Beispielen festgestellt werden, daß Alfenus zwischen den von einer unabwendbaren Kraft herbeigeführten Schäden und der Fahrlässigkeit jemandes einen scharfen Unterschied macht. Es ist offensichtlich deshalb, daß in der Verantwortungsordnung des Endes des vorklassischen Zeitalters die objektiven und subjektiven Elemente in gleicher Weise zur Geltung kommen. Zwei responsa des Alfenus kolorieren die hier Gesagten interessant:

„*Agaso cum in tabernam equum deduceret mulam equus olfecit, mula calcem reiecit et crus agasoni fregit: consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset, respondi posse* (D. 9. 1. 5),

und

„*Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. Respondit posse agi cum eo in factum actione*“ (D. 19.5.23).

Im ersten Fall hat der Pferdeknecht das Pferd in den beim Wirtshaus befindlichen Stall hineingebunden. Ein im Stall befindliches Maultier hat mit dem Fuße zurückgestoßen und den Bein den Herrn des Pferdes gebrochen. Der Entscheidung des Alfenus nach konnte sich der Verletzte gegen den Herrn des Maultiers für Schadenersatz wenden.

Dem anderen Beispiel gemäß spazierten zwei Menschen am Ufer des Flusses Tiber. Einer von ihnen bat seinen Genossen um seinen Ring ihm zu zeigen. Der Ring aber fällt aus der Hand des Betrachters und fiel in den Tiber. Alfenus macht diese Person verantwortlich.⁵³ Haymann denkt der er-

⁵¹ Visky K.: A. a. O., S. 113. Er hält die auf *vis maior* bezüglichen Ausdrücke für original.

⁵² Vgl.: De Sarlo: A. a. O., S. 134. die zweite Hälfte des Textes ist von F. Haymann: Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht. SZ 40 (1919) S. 201. Fußnote 2. für interpoliert gehalten.

⁵³ F. Haymann: Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht. SZ 42 (1921), S. 381 und SZ 40 (1919), S. 178.

sten Text interpoliert, den letzteren original zu sein. Es handelt sich in beiden Fällen um einen außervertraglichen Schaden. Bei dem letzteren Beispiel kann das Motiv der Entscheidung nicht streitbar sein: diese Person war Fahrlässig, so fiel der Ring aus seinen Händen. Beim ersten Beispiel stehen wir hingegen der objektiven Haftung des Tierhalters gegenüber. Es ist sehr schwierig zu entscheiden, worauf die Ansicht des Alfenus beruht. Ob er die Erfolgshaftung der lex Aquilia vor Augen hat oder in seiner Entscheidung die moderne Anschauung sich spiegelt, nämlich daß wer ein solches Tier hält, dessen Haltung mit einer gesteigerten Gefahr verbunden ist, ist verpflichtet, den Schaden unabhängig von seiner Schuld zu entschädigen.⁵⁴

4. Mit dem Begriffskreis der vis maior ist auch die Problematik der Gefahrtragung eng verbunden. Alfenus beschäftigt sich mit dem Problem in mehreren Fällen bei der Miete und dem Kauf.

Der Mieter zog im gegebenen Fall aus der Wohnung vor Angst. Die Frage ist, ob er verpflichtet sei den Mietzins zu zahlen oder nicht. Alfenus nach sei er nicht verpflichtet, wenn seine Furcht begründet war (D. 19. 2. 27. 1.).⁵⁵ Ein anderer Fall: die für die Einwohnerschaft der Stadt gemietete Badeanstalt ist niedergebrannt. Es ist fraglich, ob solange sie nicht benützt werden kann, der Mieter verpflichtet sei, den Mietzins zu zahlen. Die Antwort ist negativ (D. 19. 2. 30. 1.).⁵⁶ Im Falle des Unmöglichwerdens des Vertrages infolge einer unabwendbaren Kraft schiebt Alfenus die Tragung der Mitegefahr auf den Vermieter ab.⁵⁷

Die Frage der bei dem Kauf auftauchenden Gefahrtragung ist ein wenig komplizierter. Hier scheint es zweckmäßig zu sein, die Quellen eingehender zu untersuchen:

„Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidet: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet” (Paul. D. 18. 6. 13),

und

„Quod si neque traditi essent neque emptor in more fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. Materia empti si furto perisset, postque tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset” (Paul. D. 18. 6. 15.).

Aufgrund dieses Textes erreicht Haymann das Prinzip des „periculum est venditoris”.⁵⁸ Ihm gegenüber zeigen aber Seckel und Levy richtig darauf hin, daß es hier um *periculum custodiae* handelt.⁵⁹ Im ersten Fragment, im Falle der auf die Straße hinausgelegten und zerbrochenen Betten trägt jemand die Verantwortlichkeit. Da die Übergabe der Betten schon versucht aber vereitelt wurde, hörte die custodia-Haftung des Verkäufers auf. Genau der stehen ist, ist der Verkäufer aufgrund des Vertrages verpflichtet, die Sache

⁵⁴ Vgl.: De Sarlo: A. a. O., S. 35, 117 und 127.

⁵⁵ Th. Mayer-Maly: Locatio-conductio (Wien—München, 1956), S. 217.

⁵⁶ S. die Analyse des Textes: Molnár, I.: Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats (ANRW, Bd. 14, Berlin—New York 1982), S. 662 ff.

⁵⁷ Übereinstimmend: E. Betti: SZ. 82 (1965), S. 18 G. Provera: St. Betti III (Milano 1962), S. 693 ff.

⁵⁸ F. E. Haymann: SZ. 41 (1920), S. 75 ff.

⁵⁹ E. Seckel—E. Levy: Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht. SZ. 47 (1927), S. 248 ff. Ebenso sieht De Sarlo: A. a. O., S. 91 ff. eine custodia zu bestehen.

Gegensatz wurde in Fragment 15 ausgesagt. Wenn die Tradition nicht gestehen ist, ist der Verkäufer aufgrund des Vertrages verpflichtet, die Sache aufzubewahren. Dies ist bestätigt auch durch das in das 15. Fragment aufgenommene andere Beispiel, das vom Stehlen des verkauften Objekts spricht. Alfenus erwähnt in den erwähnten Beispielen das *periculum vis maioris* nicht. Es folgt von diesem logischerweise, daß das *periculum* des Verkäufers in den Kreis der Verantwortlichkeit gehört. Nichtsdestoweniger, daß der Begriff der *custodia* annehmbar von Labeo geschaffen wurde, als er im Falle der *vis maior* die Möglichkeit der *exculpatio* zugab (D. 4. 9. 3. 1. — D. 39. 2. 23. 3. usw.). Aber, wie gesehen, war der Begriff in seinen Wurzeln auch für Alfenus bekannt.⁵⁹

Das in D. 18. 6. 12. aufgenommene Fragment, das von dem durch eine Feuerbrunst hervorgerufenen, Verderben des verkauften Miethauses schreibt, hat — der offensichtlichen Interpolation zufolge — nicht viele Beweiskraft.⁶⁰ Daraus erkennen wir nur soviel, daß Alfenus sich auch mit den mit dem Kauf verbunden auftauchenden Schäden von *vis-maior* Charakter beschäftigte.

5. In zwei Fällen beschäftigt sich Alfenus mit der Verantwortlichkeit für die Verrichtungsgehilfen. In D. 19. 2. 30. 4. nimmt er den Standpunkt ein, daß wenn das gemietete Landhaus der Fahrlässigkeit des Sklaven des Mieters zufolge niederbrennt, ist dafür der Mieter verantwortlich. Watson nach unterstützt die Entscheidung des Alfenus die anderen Entscheidungen über die Verantwortlichkeit der Verrichtungsgehilfen.⁶¹ Ebenfalls macht Alfenus verantwortlich den Mieter *ex locato*, wenn die gemieteten Maultiere durch eine dritte Person, die diese im Auftrage des Mieters gelenkt hatte (D. 19. 2. 30. 2.). Der *conductor* ist aufgrund des Vertrages für die Versäumnisse der dritten Person verantwortlich.⁶² Diesen gemäß macht Alfenus im Falle der Verrichtungsgehilfen die Vertragabschließer verantwortlich.

Es hatte sich aus dem letzteren Fragment auch das herausgestellt, daß aufgrund der *lex Aquilia* auch gegen die Maultiertreiber eine Klage erhoben werden kann. Die Frage ist, ob die Haftung des Treibers eine objektive Haftung sei oder es auf Schuld beruhe. Um dies zu entscheiden, sehen wir einige, sich in den Kreis der *lex Aquilia* einfügende Fragmente des Alfenus.

6. Die in der Literatur herrschende Ansicht ist, daß die *culpa Aquiliana* das Produkt des nachklassischen Zeitalters sei. Demgegenüber ist es aber sehr wahrscheinlich, daß sie zwischen der Zeit der *lex Cornelia* (67 v. u. Z.) und des *Edictum perpetuum* (130 u. Z.) zustande kam.⁶³ Wir versuchen durch die Fragmente des Alfenus den letzteren Zeitpunkt wahrscheinlich zu machen. Alfenus hat in D. 9. 2. 52. 1. die Schlägerei zwischen dem die Lampe wegtragenden Dieb und dem Kaufmann beschrieben, im Laufe deren ein Auge des Diebes ausfloß (*oculum effoderat*). Derjenige sei der nachlässige, sagt Alfenus der früher geschlagen hatte (*culpam enim penes cum, qui prior flagello per-*

^{59/a} Vgl. in Verbindung damit: V. Arangia Ruiz: Responsabilità contrattuale in diritto romano 2 (Napoli 1933), S. 105, ferner: G. Luzzatto: Caso fortuito e forza maggiore (Milano 1938), S. 163 ff. Kaser: RPR, I², S. 508, Fußn. 36.

⁶⁰ In der Interpolationsliteratur ist davon kein Zweifel, daß der Text völlig geändert wurde. Index Interp. I, S. 336.

⁶¹ A. Watson: The Law of Obligations in the Later Roman Republic (Oxford 1965), S. 118 ff. Ähnlicherweise: De Sarlo: A. a. O., S. 106.

⁶² Watson: A. a. O., S. 236, ferner: De Sarlo: A. a. O., S. 102.

⁶³ Kaser: RPR I² S. 620 ff, ferner W. Wesel: Rethorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen (Köln—Berlin—Bonn—München), S. 45 ff.

cusset). Es handelt sich typischerweise um das *damnum iniuria datum*, das unter die *lex Aquilia* fällt. Die Entscheidung des Falles geschah aufgrund der Schuld. Die Originalität des Textes ist umstritten genug in der Literatur.⁶⁴

Im §. 2 des D. 9. 2. 52. 2 handelt es sich um den Zusammenstoß von zwei, von Maultieren gezogenen Wagen auf dem Abhang des Capitolium, dessen Folge war, daß der Sklave des hinteren Wagens überfahren wurde. Die Frage ist, gegen wen ein Prozeß eingeleitet werden könne. Alfenus macht im Beispiel vielerlei Variationen bekannt. Schließlich stellt er sich auf den Standpunkt, daß es davon abhängt, ob der Schaden auf das Verhalten der Treiber oder der Maultiere zurückgeführt werden kann.⁶⁵

Derselbe Text bespricht in seinem §. 3 eine mit dem Kauf eines Ochsen zusammenhängende Klage. Ein Sklave wird durch das Horn eines Ochsen verletzt. Der Käufer kann dem Verkäufer nur dann einen Prozeß machen, wenn der Schaden nicht der Fahrlässigkeit des Sklaven (*si culpa hominis factum esset*) sondern dem *vitio bovis* zufolge eingetroffen ist.⁶⁶ Wenn die Übergabe schon geschah, kann die Frage des Schadenersatzes natürlich nicht einmal auftauchen (eigenes Tier, eigener Sklave).

In dem oben behandelten vierten §. wurde dem Rechtsgelehrten eine Frage gestellt, ob in der Sache des Skavenkindes, der als ein Balljunge während des Spieles sein Bein gebrochen hat, auf Grund der *lex Aquilia* beschafft werden könne. Die Antwort war abweisend, weil er sah keine Fahrlässigkeit vorhanden zu sein (*cum casu magis quam culpa videtur factum*). Das Wort *culpa* scheint original zu sein.⁶⁷

Es scheint aus den vorgeführten Rechtsfällen wahrscheinlich zu sein, daß der von P. Mucius zuerst erwähnte Ausdruck *culpa* bei Alfenus nicht nur in den vertraglichen Obligationen ständig benutzt war, sondern auch im Kreise des *damnum iniuria datum*. So hat zur Ausgestaltung der *culpa Aquiliana* sicherlich Alfenus die ersten Schritte gemacht. In seinen Antworten hat er aufgrund dessen entschieden: ob eine Fahrlässigkeit vorkam oder nicht. Die Erscheinung der *culpa Aquiliana* ist bei ihm zu suchen.

Für Zusammenfassung möchten wir die Folgenden betonen:

Alfenus Varus ist der Rechtsgelehrte des Endes des vorklassischen Zeitalters, dessen Tätigkeit schon vorwärts zeigt: gegen die klassische Rechtswissenschaft. Als ein Schüler des Servius, kannte er alle die Rechtsinstitute, die die vorklassische Rechtswissenschaft bearbeitet hatte. In vielen Fällen hat er diese sogar weiterentwickelt. Bei den von ihm gebrauchten rechtlichen Begriffen, Definitionen, *regulae* kann die Wirkung der griechischen Philosophie erkannt werden. Er war im strengsten Sinne des Wortes ein *iuris consultus*. Er bespricht selbst jene Feststellungen, die philosophische Erörterungen zu sein scheinen, in Verbindung mit einem oder anderem Fall. Alle die klassischen Begriffe, die die Entwicklungsordnung des klassischen Zeitalters ausmachen, können bei ihm gefunden werden. Neben dem *dolus*

⁶⁴ Vgl.: Index Interp. I. Supplementum, S. 156. Nach *De Sarlo*: A. a. O. S. 125 ff, die *culpa* soll in diesem Zeitalter schon bekannt gewesen sein, sie war aber nicht im technischen Sinn gebraucht. Nach ihm formulierte Paulus eben aufgrund des Beispiels des Alfenus einen anderen Fall.

⁶⁵ Nach *De Sarlo*: A. a. O., S. 128 stamme dies bis zum Ende von Alfenus.

⁶⁶ *De Sarlo*: A. a. O., S. 131.

⁶⁷ *Visky*, K.: (A. a. O., S. 58) ist in dieser Meinung, als er erklärt, daß die Wurzel des klassischen *culpa*-Begriffes eben in den mit der *Lex Aquilia* verbundenen Obligationen zu suchen seien. *Arangio-Ruiz* (A. a. O., S. 243, Fußn. 1) hält den Text für original.

und der *culpa* benützt er auch einen speziellen Schuldbegriff: die Verantwortlichkeit schon für die Verrichtungsgehilfen (die sog. *culpa in eligendo*). Es scheint so, daß die Bifurkation schon bei ihm begann. Neben der *vis maior* kennt er auch eine mildere Variante des *casus*. Er nahm Stellung mit überraschender Sicherheit in der Frage der Gefahrtragung. Er benützt zwar die Terminologie *custodia* noch nicht, aber seine Entscheidung zeigt auf das *periculum custodiae*. Wir mögen mit großer Wahrscheinlichkeit sagen, daß im Falle des *damnum iniuria datum* er der erste sei, der die Frage mit der Berücksichtigung der Fahrlässigkeit entscheidet, erschaffend damit den Begriff der *culpa Aquiliana*.

Es steht uns fern zu behaupten, daß Alfenus der größte Jurist des vorklassischen Zeitalters gewesen sei. Es kann nämlich in vielen Fällen kaum entschieden werden, ob seine Meinung die des Servius enthalte oder die Weiterentwicklung der servianischen Lehren sei. Eines ist aber sicher! War Servius der größte Rechtsgelehrte der vorklassischen Periode, dann mögen wir von den Digesten des Alfenus mit Recht sagen, daß sie die bedeutendsten rechtlichen Andenken des vorklassischen Zeitalters sind, weil sie auch die Meinungen des Servius einschließen und ihr System sich nach dem Edikt-System richtet. Er beschreibt also seine Meinungen in den umstrittenen Fragen des lebendigen Rechtsmaterials des Zeitalters, einschließend die in diesem Zeitalter angewendeten rechtlichen Lösungen hohen Niveaus. Die Tätigkeit des Alfenus kann deshalb als der Gipfel des vorklassischen Rechtes angesehen werden, die schon in das klassische Zeitalter zeigt, a sogar mögen wir auch riskieren, ihn zu den Juristen des klassischen Zeitalters zu rechnen, zunächst einmal aufgrund der großen Anzahl seiner in die justinianischen Digesten aufgenommenen und schon klassisch gewordenen Entscheidungen. Seine Tätigkeit war eine Brücke zwischen dem vorklassischen und dem klassischen Zeitalter, da er selbst noch in der Zeit des Augustus im Leben war. Seine literarische Tätigkeit erhebt ihn unter die klassischen Juristen.